Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug im Falle der Entlassung eines Dienstverpflichteten durch den Dienstberechtigten.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Leonhardi

aus Brandenburg a. H.

Rechtsanwalt am Kgl. Landgericht zu Flensburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 30. Oktober 1911.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

122

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Meiner lieben Frau!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug, die möglichen Folgen der Entlassung, können auf Grund des nämlichen Ereignisses nicht gleichzeitig vorliegen 6

§ 2. Allgemeine Voraussetzungen, unter denen bei Dienstverträgen die Leistung unmöglich wird 12

§ 3. Fälle, in denen die Entlassung Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen kann 18

§ 4. Die Voraussetzungen, unter denen im Falle der unbegründeten Entlassung Gläubigerverzug eintritt 26

§ 5. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug 33

Literaturverzeichnis.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905.

David, Rechtslage des zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassenen Dienstverpflichteten. Im Recht 1902 S. 146.

Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4./5. Aufl.

Fieberg, Entlassung und Austritt. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1904 S. 485.

Fischer in der Rostocker Festschrift für v. Amsberg. 1904.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 7. Aufl.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. In Fischers Abhandlungen Bd. 7 Heft 2.

Kisch, Besprechung des Lehrbuchs von Enneccerus-Lehmann. In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. 29.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. In Fischers Abhandlungen Bd. 7 Heft 1.

Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 2. Leipzig 1908.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.

Meyer, Alex, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrage. Diss. Bonn 1906.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1855.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1911.

Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung. In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. 24.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Aufl.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43.

Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1910.
Riezler, Der Werkvertrag. In Fischers Abhandlungen Bd. 4 Heft 4.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Stuttgart 1903.
Schröder, Die Unmöglichkeit und Ungewißheit. Rostock 1905.
Stern, Die Gefahrtragung. Marburg 1910.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 7. u. 8. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Schulz, Über die Bedeutung der Leistungsmöglichkeit für das Vorhandensein des Gläubigerverzugs. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1909.

Einleitung.

In zwei mir vorliegenden Urteilen preußischer Oberlandesgerichte, des OLG. Marienwerder v. 8. 4. 1902[1]) und des OLG. Kiel v. 9. 11. 1903,[2]) wird der Entscheidung der Satz zugrunde gelegt, daß dem Dienstverpflichteten die Leistung der vertraglich übernommenen Dienste unmöglich wird, wenn der Dienstberechtigte ihn nach Antritt des Dienstes ohne Grund aus dem Dienstverhältnisse entläßt. Dieser Satz, zum mindesten in dieser allgemeinen Fassung, scheint mir zu Bedenken Anlaß geben zu müssen. Kann man von Unmöglichkeit sprechen, wenn lediglich der Wille des Dienstberechtigten dem Zustandekommen der Leistung im Wege steht? Kann man eine Leistung unmöglich nennen, die wieder möglich wird, sobald der Dienstberechtigte sein Verhalten ändert und sich zur Entgegennahme der Dienste bereit erklärt? Ist nicht Unmöglichkeit vielmehr ein Begriff, der von dem Willen der Beteiligten ganz unabhängig ist, der durch die Beteiligten wohl herbeigeführt, dann aber willkürlich nicht wieder beseitigt werden kann. Es entsteht die Frage, ob in dem vorliegenden Falle überhaupt nicht Unmöglichkeit der Leistung, sondern ein anderer, vielleicht verwandter Zustand vorliegt. Wenn der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten entläßt, so verzichtet er auf die Dienste. Wer aber eine Leistung nicht entgegennimmt, setzt sich mit der Annahme in Verzug, sofern nur die Leistung ihm gehörig angeboten ist. Liegt daher vielleicht nicht Unmöglichkeit der Leistung, sondern Annahmeverzug vor?

Es soll der Zweck dieser Arbeit sein, die Richtigkeit des in den oben zitierten Entscheidungen enthaltenen Satzes nachzu-

[1]) Abgedr. in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 190.

[2]) Abgedr. ebenda Bd. 59 Nr. 91.

prüfen, zu untersuchen, welche Wirkung eine unbegründete Entlassung in der angedeuteten Richtung hat, insbesondere, ob sie die Unmöglichkeit der noch zu leistenden Dienste schlechthin oder unter besonderen Umständen zur Folge hat, oder aber, ob infolge der Entlassung lediglich Verzug auf seiten des Dienstberechtigten eintritt. Die Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung oder Gläubigerverzug vorliegt, interessiert nur dann, wenn überhaupt noch Leistungen aus dem Vertrage geschuldet werden. Sind die vertraglichen Verpflichtungen durch die Entlassung aufgehoben, so besteht auch keine Verpflichtung zur Leistung der Dienste mehr, kann die Leistung nicht unmöglich werden und kann der Dienstberechtigte mit ihrer Annahme nicht in Verzug kommen. Es kommen daher für unsere Betrachtung nur die Fälle in Betracht, in denen durch die Entlassung als solche eine Aufhebung des Vertragsverhältnisses nicht stattfindet. Eine Entlassung hat nämlich keineswegs schlechthin die Aufhebung des Vertrages zur Folge. Sie stellt sich dar als ein einseitiger Akt, durch den ohne Zutun des andern Vertragsteils der Vertrag gelöst wird. Da in der Regel vertragliche Beziehungen nur durch Übereinkunft aufgehoben werden können, hat die einseitige Lösung durch Entlassung dieselbe Wirkung nur in den Fällen, in denen sie durch Vertrag oder Gesetz als Auflösungsgrund zugelassen ist. Für die Frage, ob die Entlassung den Vertrag beendet, ist daher in erster Linie maßgebend, was die Parteien über die Lösung des Vertrages, über die Kündigung, vereinbart haben. Ist vereinbart, daß die Entlassung jederzeit, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, stattfinden kann, so sind mit der Entlassung jederzeit die gegenseitigen Verpflichtungen für die Zukunft aufgehoben. Andernfalls wird sie dann wirkungslos bleiben, wenn die vereinbarte Kündigungsfrist nicht innegehalten ist. Die vertraglichen Verpflichtungen würden trotz der Entlassung bestehen bleiben. Nur insoweit wäre der Entlassung eine Wirkung beizulegen, als möglicherweise in ihr eine Kündigung zu erblicken wäre, die nach Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist das Vertragsverhältnis löst. Haben die Vertragsparteien über die Entlassung als Beendigungsgrund nichts vereinbart, so greifen die gesetzlich gegebenen Dispositivvorschriften Platz. Die Voraussetzungen werden daher verschieden sein, je nachdem, ob

das Dienstverhältnis den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Handelsgesetzbuchs, der Gewerbeordnung oder eines der übrigen Sondergesetze, wie Gesindeordnung, Seemannsordnung usw., zu unterstellen ist. Die Entlassung wird insbesondere immer dann den Vertrag aufheben, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die das Gesetz als einen wichtigen Grund zur sofortigen Lösung des Vertrages bezeichnet (§ 626 BGB.; §§ 70—72 HGB.; §§ 123, 124 GewO.). Erfolgt eine Entlassung unter Berufung auf einen angeblich wichtigen Grund, so wird sie demnach den Vertrag nicht lösen, falls durch Richterspruch festgestellt wird, daß ein wichtiger Grund nicht vorgelegen hat.

Wir scheiden somit aus unserer Betrachtung alle Fälle aus, in denen die Entlassung als solche den Vertrag aufhebt, weil sie begründet ist, und befassen uns nur mit den Fällen, in denen die Entlassung ohne Grund erfolgt ist und somit die Vertragsparteien von ihren Verpflichtungen nicht entbindet.

Doch müssen wir auch aus diesen Fällen eine Gruppe als nicht unter unsere Betrachtung fallend ausscheiden. Wie oben gezeigt, findet eine einseitige Lösung des Dienstverhältnisses nur im Falle der begründeten Entlassung statt; im übrigen ist Willensübereinkunft der Parteien erforderlich. Nun liegt aber die Möglichkeit vor, daß, falls der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten ohne Grund entläßt, darin mehr liegt als eine einseitige Entlassung. Es kann darin der Ausdruck des Willens liegen, auf jeden Fall das Dienstverhältnis zu lösen, und somit ein Angebot an den Dienstverpflichteten, im Wege gegenseitigen Übereinkommens die rechtlichen Verpflichtungen aufzuheben. Ob der Dienstverpflichtete ein solches Angebot annimmt oder nicht, steht ihm selbstverständlich ganz frei. Nimmt er es an, so wird dadurch das Rechtsverhältnis gelöst; von irgendwelchen Ansprüchen für die Zukunft des Dienstverpflichteten gegen den Dienstberechtigten kann dann nicht mehr die Rede sein. Die Sachlage ist die gleiche wie in dem Falle, daß die Entlassung begründet gewesen ist. Selbstverständlich braucht der Dienstverpflichtete sich nicht ausdrücklich mit der Entlassung einverstanden zu erklären. Das Einverstandensein kann sich vielmehr auch aus den Umständen, dem ganzen Verhalten des Dienstverpflichteten ergeben. Jedoch

wird man darin, daß der Dienstverpflichtete sich seine Rechte nicht ausdrücklich vorbehält, noch nicht ohne weiteres ein Einverständnis erblicken dürfen. Die Frage, ob der Dienstverpflichtete auf fernere Leistung der Dienste bestehen und seine Dienste erneut anbieten muß, werden wir unten in anderem Zusammenhang berühren. Aus dem Unterlassen kann nicht ohne weiteres auf ein Einverständnis geschlossen werden. Wann ein stillschweigendes Einverstandensein anzunehmen ist, ist Frage des einzelnen Falles. Erforderlich wird sein, daß der Dienstverpflichtete sich von dem Dienstberechtigten ganz abwendet, neue bindende Verpflichtungen gegenüber dritten Personen eingeht.

Noch eine letzte Scheidung müssen wir machen. Ist eine Entlassung unbegründet, und ist der Entlassene auch mit der Entlassung nicht einverstanden, so kann die Entlassung in einer weiteren Kategorie von Fällen doch noch die Auflösung des Dienstverhältnisses zur Folge haben. Auch diese Fälle müssen wir aus unserer Betrachtung ausscheiden. Die Auflösung des Dienstverhältnisses erfolgt in diesen Fällen ebensowenig unmittelbar wie in dem soeben behandelten Falle des Einverständnisses des Dienstverpflichteten. Gemeint sind die Fälle, in denen die Form oder die sonstigen Umstände der Entlassung dem Dienstverpflichteten ein Recht geben, seinerseits Auflösung des Dienstverhältnisses zu verlangen. Nach § 626 BGB. kann der Dienstverpflichtete das Dienstverhältnis ohne Kündigung zur Aufhebung bringen, falls ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Eine Entlassung nun, zu der auf seiten des Entlassenden kein Grund vorlag, kann für den Entlassenen in gewissen Fällen einen wichtigen Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses darstellen. Man denke sich den Fall, daß ein Prinzipal einen alten, bewährten Buchhalter, der jahrelang sein Vertrauen genossen hat, wegen eines leichtfertig gefaßten Verdachts der Untreue entläßt. Die Entlassung ist zweifelsohne unbegründet, und das Dienstverhältnis dadurch an sich nicht berührt, sobald der Verdacht unbegründet war. Aber die Entlassung bildet für den Buchhalter einen wichtigen Grund, seinerseits das Dienstverhältnis sofort zu lösen. Der einmal gegen ihn erhobene Verdacht wird ihm nachhängen, auch wenn seine Unbegründetheit festgestellt ist. Die Tatsache,

daß das Vertrauen in seiner Redlichkeit überhaupt erschüttert werden konnte, wird dem entgegenstehen, daß er nach diesem Ereignis dieselbe Stellung einnehmen wird wie früher. Daher kann ihm eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden. Ähnlich liegen die Fälle, in denen die Form der Entlassung den Dienstverpflichteten verletzen muß. Wenn eine cholerisch veranlagte Hausfrau ihr Dienstmädchen entläßt und ihr eine Flut von Schimpfworten mit auf den Weg gibt, so kann dies je nach Lage des Falls für das Dienstmädchen ein Grund sein, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis zu lösen. Von den Fällen des Einverständnisses des Dienstverpflichteten unterscheiden sich diese Fälle dadurch, daß dort alle gegenseitigen Verpflichtungen für die Zukunft aufhören, hier aber dem Dienstverpflichteten Ansprüche aus den §§ 626, 628 Abs. 2 BGB. entstehen. Diese Ansprüche gehen dahin, daß der Dienstberechtigte verpflichtet ist, dem Dienstverpflichteten den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen, sofern er durch vertragswidriges Verhalten den andern Teil zur Kündigung veranlaßt hat. Der Anspruch entspringt somit nicht aus der Entlassung selbst, sondern aus dem dabei gezeigten besonderen Verhalten des Dienstberechtigten. Da wir aber die Folgen der unbegründeten Entlassung als solcher zum Gegenstand unserer Betrachtung machen wollen, müssen wir auch diese Fälle ausscheiden.

Es bleiben somit übrig für unsere Betrachtung lediglich die Fälle der unbegründeten Entlassung, in denen der Dienstverpflichtete das Dienstverhältnis aufrechterhalten wissen will, weder in die Entlassung einwilligt noch seinerseits daraus einen Grund entnimmt, den Vertrag gemäß § 626 BGB. zu lösen.

Wenn, wie oben dargelegt, in diesen Fällen die Entlassung auf das Bestehen des Vertrags keinen Einfluß ausübt, so äußert sie doch Wirkungen auf die bestehenden, noch zu erfüllenden Verpflichtungen. Die Natur dieser Wirkungen ist Gegenstand der oben aufgeworfenen Frage und dieser Arbeit.

§ 1.

Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug, die möglichen Folgen der Entlassung, können auf Grund des nämlichen Ereignisses nicht gleichzeitig vorliegen.

Indem oben Unmöglichkeit der Leistung und Verzug des Gläubigers in der Annahme der Leistung als mögliche Folgen einer unbegründeten Entlassung einander gegenübergestellt sind, ist schon angedeutet, daß diese Institute voneinander zu unterscheiden sind. Bevor wir prüfen, wann das eine oder das andere als Folge einer unbegründeten Entlassung in Betracht kommt (im § 3), wollen wir versuchen, ihre allgemeinen Voraussetzungen kennen zu lernen, dabei jedoch die von uns zu beantwortende konkrete Frage im Auge behalten und die Ausführungen zweckentsprechend beschränken.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch unterscheidet Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) und objektive Unmöglichkeit der Leistung. Subjektive Unmöglichkeit liegt vor, falls die Leistung an sich möglich ist, der Schuldner, der sie bewirken soll, jedoch aus besonderen, in seiner Person liegenden Gründen dazu nicht imstande ist. Dagegen bedeutet objektive Unmöglichkeit die Unmöglichkeit der Leistung an sich, die Unmöglichkeit für jedes Individuum, wer es auch sei.

Hier interessiert nur die objektive Unmöglichkeit; die Unmöglichkeit, die auf anderen Umständen als den persönlichen Verhältnissen des Schuldners beruht. In den Fällen der unberechtigten Entlassung werden durch die Entlassung die persönlichen Verhältnisse des Dienstverpflichteten nicht berührt. War es ihm vor der Entlassung möglich, die Dienste zu leisten, so wird es ihm, soweit es eben seine Person angeht, auch nach der Entlassung möglich sein. Wenn infolge der Entlassung eine Leistung unmöglich wird, so wird das vielmehr in anderen als in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Verhältnissen seinen Grund haben. Dann handelt es sich aber um einen Fall der objektiven Unmöglichkeit.

Unmöglichkeit der Leistung und Verzug in der Annahme der Leistungen können unzweifelhaft jeder für sich bestehen, denn es

sind Begriffe, die an sich miteinander nichts zu tun haben. Es frägt sich nun, ob sie auf Grund des gleichen Tatbestands auch nebeneinander bestehen können, ob somit der Gläubiger in Annahmeverzug geraten kann, wenn der Schuldner eine unmögliche Leistung anbietet, oder aber, ob beide Begriffe derart sind, daß sie sich gegenseitig ausschließen, so daß entweder Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug in der Annahme der Leistung, nie aber beide nebeneinander vorliegen.

Der Gläubiger kommt in Annahmeverzug, wenn er die ihm vom Schuldner gehörig angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB.).

Zum „gehörig Anbieten" ist aber erforderlich, daß der Schuldner imstande ist, die von ihm angebotene Leistung auch tatsächlich zur Ausführung zu bringen. Letzteres hat in dieser Form im Gesetz seinen Ausdruck nicht gefunden. Vielmehr bestimmt das Gesetz im § 297 BGB. negativ: „Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken". Es hat sich hier die Frage aufgeworfen, ob „außerstande sein" soviel bedeutet als „unmöglich sein", oder aber, ob der Begriff enger zu fassen ist, nämlich dahin, daß der Schuldner lediglich von sich aus bereit zur Leistung sein muß. Beide Ansichten decken sich, sobald der Schuldner deshalb außerstande ist zu leisten, weil ein in seiner Person liegender Grund ihn an der Leistung hindert. Hier ist er außerstande zu leisten, und zwar „von sich aus" außerstande zu leisten; zugleich ist aber die Leistung subjektiv unmöglich. Hat sich jemand zu Massagen verpflichtet, und verliert er infolge eines Unfalls beide Arme, so kann er die versprochene Dienstleistung nicht anbieten und ist außerstande, die Leistung zu bewirken. Zugleich ist aber die Leistung unmöglich geworden.

Anders dagegen, wenn ein Ereignis der Ausführung der Leistung hindernd in den Weg tritt, das nicht in der Person des Dienstverpflichteten begründet ist, sondern auf einem anderen Umstand beruht. Die Massagen müssen z. B. unterbleiben, weil die Person, die massiert werden soll, gestorben ist. Eins steht

dann fest: daß der Dienstverpflichtete „von sich aus", „was seine Person angeht", imstande ist, die Leistung zu bewirken. Daraus wird gefolgert: Der Schuldner ist imstande zu leisten; er kann die Leistung gehörig anbieten und setzt durch das Anbieten den Dienstberechtigten in Annahmeverzug. Dieser Ansicht liegt somit der Gedanke zugrunde, daß ein gehöriges Anbieten einer Leistung immer dann vorliegt, wenn der Schuldner von sich aus bereit ist, die Leistung zu bewirken, wenn er (beim Dienstvertrag) in der Lage ist, seine Arbeitskraft dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Sie setzt „imstande sein" gleich „von sich aus imstande sein" und „außerstande sein" gleich „von sich aus außerstande sein". Die Frage, ob die Leistung überhaupt möglich ist, läßt sie ganz unberührt.

Daß diese Ansicht dem Wortlaut des Gesetzes ohne weiteres nicht entspricht, liegt auf der Hand. Darauf, wie sie von ihren Vertretern begründet wird, werden wir später zurückkommen. Jedenfalls findet sie heftigen Widerspruch. Ihre Gegner prüfen die Frage, ob der Schuldner imstande oder außerstande ist, nicht lediglich nach den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, sondern nach der ganzen Sachlage und dem Inhalt der Leistung, und halten daher den Schuldner auch dann außerstande, die Leistung zu bewirken, wenn er von sich aus zwar bereit ist, aber die Leistung aus einem außerhalb seiner Person liegenden Grund unmöglich ist. In einem solchen Falle könne, so führen sie aus, von einem Annahmeverzug des Gläubigers keine Rede sein, denn eine unmögliche Leistung könne nicht gehörig angeboten werden. Sie stellen als Folge den Grundsatz auf, daß der Annahmeverzug des Gläubigers notwendigerweise das Angebot einer möglichen Leistung voraussetze, daß daher Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug vollständig verschiedene Begriffe seien, die auf Grund desselben Tatbestandes nebeneinander nicht bestehen können. Die Frage, in der die Ansichten auseinandergehen, ist somit die, ob Annahmeverzug eine mögliche Leistung voraussetzt oder nicht.

Wir bejahen die Frage und folgen damit der herrschenden Meinung.[1]) Es erscheint unsinnig, daß jemand durch die Nicht-

[1]) vgl. Dernburg Bd. 2 § 75 I, § 305, 23; Oertmann Anm. 3b zu § 293 BGB.; Staudinger § 615 Anm. II d, § 293 Anm. 1a; Titze S. 21 ff.; Lotmar

annahme einer unmöglichen Leistung, die auszuführen der Schuldner also gar nicht in der Lage ist, in Annahmeverzug geraten könne. Der Schuldner muß zur Leistung imstande sein. Dazu ist nicht allein erforderlich, daß er von sich aus bereit ist, sondern auch, daß die übrigen Voraussetzungen für die Ausführung der Leistung vorliegen. Von welchen Voraussetzungen, die außerhalb der Person des Schuldners liegen, die Ausführung einer Leistung abhängig sein kann, werden wir im nächsten Paragraphen näher erörtern. Ob solche Voraussetzungen gegeben sind, hängt von dem Inhalt der Leistung und somit dem Willen der Parteien ab. In vielen Fällen werden sie fehlen, wird die persönliche Leistungsbereitschaft des Schuldners alleinige Voraussetzung der Leistung bilden. In anderen Fällen wird die Ausführung der Leistung von Zeit, Ort oder anderen Momenten abhängig sein. Auf jeden Fall erscheint es unzulässig, diese Voraussetzungen, sofern sie gegeben sind, auszuschalten und den Schuldner schon dann für imstande zu halten, die Leistung zu bewirken, wenn er von sich aus dazu imstande ist. Es ist dies eine Beschränkung des Begriffs „imstande sein", die in nichts ihre Berechtigung findet. Dies ist die herrschende Ansicht.[1])

Wie schon oben erwähnt, hat diese Ansicht Gegner gefunden. Sie stehen unter der Führung von Crome. Nach ihnen ist Möglichkeit der Leistung nicht unbedingte Voraussetzung für den Annahmeverzug. Vielmehr ist von der Voraussetzung abzusehen, falls die Unmöglichkeit in einem in der Person des Gläubigers liegenden Umstand ihren Grund hat.

So sagt Crome[2]): „Liegt der Hinderungsgrund dagegen ausschließlich beim Gläubiger, z. B. stirbt der Gläubiger oder erkrankt er, während der Schuldner fortdauernd bereit und imstande ist zu leisten, so darf die Frage nach der Möglichkeit der

---

Bd. 2 S. 284 ff.; Rümelin S. 82; Rosenberg S. 164; Dochnahl S. 311; Stern S. 8 ff.

[1]) vgl. Dernburg Bd. 2 § 75 I, § 305, 23; Oertmann Anm. 3 b zu § 293 BGB.; Staudinger § 615 Anm. II d, § 293 Anm. 1 a; Titze S. 21 ff.; Lotmar Bd. 2 S. 284 ff.; Rümelin S. 82; Rosenberg S. 164; Dochnahl S. 311; Stern S. 8 ff.

[2]) Crome Bd. 2 § 163 S. 148 f.; ähnlich Kohler im Arch. S. 258; Lehrb. S. 349; Meyer S. 39 ff.; Schulz S. 8 ff.

Leistung nicht aufgeworfen werden". Zur Begründung ihrer Ansicht gehen die Gegner der herrschenden Lehre von dem Falle aus, daß der in der Person des Gläubigers liegende, die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführende Grund von dem Gläubiger nicht zu vertreten ist, z. B. der zu operierende Kranke stirbt in der Operation. Wenn, führen *sie* aus, Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung des Annahmeverzuges gelten solle, so würde Annahmeverzug in diesem Falle nicht vorliegen. Durch die von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit würde der Gläubiger von der ihm obliegenden Leistung frei, und der Schuldner gehe somit leer aus, obgleich er bereit und imstande sei, seinen Dienst zu leisten. Dieses Ergebnis sei im höchsten Maße unbillig. Sehe man dagegen von der Voraussetzung der Möglichkeit der Leistung für den Annahmeverzug ab, so könne man in diesem Falle Annahmeverzug annehmen. Der Schuldner würde sodann gerechterweise sein Entgelt beanspruchen können. Von dem Erfordernis der Möglichkeit der Leistung für den Annahmeverzug könne aber abgesehen werden; denn aus dem Gesetze gehe dieses Erfordernis nicht hervor. Letzteren Satz näher zu begründen, hat *Schulz*[1]) unternommen: Außerstande sein, sei nicht gleich möglich sein. Aus der Geschichte des § 297 BGB. gehe in keiner Weise hervor, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, diese Begriffe gleichzustellen. Der Schuldner sei nur dann außerstande zu leisten, wenn auf *seiner Seite* ein Hindernis der Schuldabtragung entgegenstehe. Seine Ausführungen gipfeln in dem Satz, daß die Entstehungsgeschichte des § 297 BGB. ihn jedenfalls nicht hindere, anzunehmen, daß „außerstande sein" lediglich Nichtbereitschaft des Schuldners, die Leistung zu bewirken, bedeute. Er erkennt somit anscheinend selbst an, daß seine Ausführungen keineswegs überzeugend sind, daß die Geschichte des § 297 BGB. ebensogut für die Begründung der Gegenansicht verwertet werden kann.

Die Sachlage ist somit die, daß die Vertreter dieser Ansicht eine sonst allgemein anerkannte Regel umstoßen wollen, weil sie auf einen besonderen Fall nicht passe, hier zu Unbilligkeiten führe. Dies kann auf keinen Fall gerechtfertigt erscheinen. Wenn

---

[1]) *Schulz* S. 13ff.

die Anwendung des hier vertretenen Satzes zu Härten führt, so wird das, wie wir unten sehen werden, weniger an dem Rechtssatz als solchem, als vielmehr an seiner Anwendung am falschen Orte liegen. Richtig angewandt, wird er Härten nicht zur Folge haben. Auf keinen Fall kann dies rechtfertigen, daß gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes eine Einengung des Begriffes „außerstande sein" vorgenommen wird. Und kommen die Gegner mit ihrer Ansicht überhaupt zu dem von ihnen gewollten Erfolge! Die Absicht war die, dem Schuldner zu einem Entgelt zu verhelfen, wenn er zur Leistung bereit und imstande ist, die Leistung aber aus einem in der Person des Gläubigers liegenden, von ihm aber nicht zu vertretenden Grunde unterbleibt. Die Gegner wollen hier Annahmeverzug annehmen und § 615 BGB. anwenden. Sie halten somit Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung für vorliegend, wollen aber nur die Vorschriften über Annahmeverzug zur Anwendung bringen mit der Begründung, die Frage der Möglichkeit dürfe überhaupt nicht aufgeworfen werden. Diese Subordinierung der Frage der Unmöglichkeit wird näher nicht begründet.

Sie scheint auch nicht berechtigt. Wollen die Gegner trotz Unmöglichkeit der Leistung Annahmeverzug annehmen, so müßten sie auch die Konsequenz ziehen und beide nebeneinander als vorliegend annehmen. Nach welchen Grundsätzen dann freilich die Vorschriften des einen oder des anderen anzuwenden wären, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls scheint es ausgeschlossen, daß dann einseitig die Vorschriften über Annahmeverzug anzuwenden sind, da ja zugleich Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.

Wir halten somit an der von uns angenommenen Ansicht fest und stellen den Satz auf, daß der Annahmeverzug Möglichkeit der Leistung voraussetzt. Daraus geht dann hervor, daß beide Institute sich gegenseitig ausschließen, daß sie auf Grund des nämlichen Sachverhalts gleichzeitig nicht bestehen können.

§ 2.

Allgemeine Voraussetzungen, unter denen bei Dienstverträgen die Leistung unmöglich wird.

In vielen Fällen wird es zweifelhaft sein, ob ein Ereignis Unmöglichkeit der Leistung oder Gläubigerverzug herbeigeführt hat. Es kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, systematisch die Voraussetzungen beider Institute zu entwickeln. Es bedarf eines Eingehens auf diese Frage lediglich so weit, als die uns gestellte Aufgabe es erfordert. Wir wollen die Wirkungen betrachten, die eine Entlassung des Dienstverpflichteten seitens des Dienstberechtigten auf die geschuldeten Leistungen hat. Das Ereignis, das die bestehenden Vertragsverpflichtungen beeinflußt, liegt somit in der Person des Dienstberechtigten. Eine Untersuchung, ob Unmöglichkeit der Leistung oder Gläubigerverzug vorliegt, wird daher nur für diesen Fall erforderlich. Wir haben somit davon auszugehen, daß der Dienstverpflichtete von sich aus bereit und imstande ist, die Leistung zu bewirken, und nur durch ein in der Person des Dienstberechtigten liegendes Ereignis an der Leistung gehindert ist. Wir werden finden, daß in den meisten Fällen Gläubigerverzug anzunehmen sein wird, während Unmöglichkeit der Leistung nur unter besonderen Umständen eintreten wird. Es empfiehlt sich daher, die Untersuchung in der Weise zu führen, daß wir den Umständen nachforschen, unter denen bei der gegebenen Sachlage Unmöglichkeit der Leistung eintreten kann. Haben wir dies festgestellt, so ergibt sich für die übrigen Fälle, in denen diese Umstände nicht vorliegen, nur Raum für Gläubigerverzug.

Als Unmöglichkeit kommt in diesem Zusammenhang, wie schon oben erwähnt, nur objektive Unmöglichkeit in Betracht, denn der Schuldner ist ja bereit und imstande, die Leistung zu bewirken, in seiner Person liegen Hinderungsgründe nicht vor. In allen den Fällen, in denen die Möglichkeit der Leistung nur an subjektive, d. i. in der Person des Schuldners liegende Voraussetzungen geknüpft ist, kann somit eine Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegen. Bei Dienstverträgen ist das immer dann der Fall, wenn die Abmachung dahin geht, daß der Dienstverpflichtete

dem Dienstberechtigten lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, Dienstleistungen schlechthin verspricht. Die Dienstleistung eines Tagelöhners, der bei allen vorkommenden Arbeiten mitzuhelfen hat, wird nicht dadurch unmöglich, daß der Dienstherr aus einem in seiner Person liegenden Grund an der Annahme der Dienste verhindert ist, sofern nur der Tagelöhner arbeitsbereit und arbeitsfähig ist. Die Leistung ist so lange möglich, als der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen kann; alle anderen Umstände lassen die Möglichkeit der Leistung unberührt.

Anders dagegen in den Fällen, in denen die Möglichkeit der Leistung neben den subjektiven Voraussetzungen auch noch solche objektiver Natur hat. Wenn ich den Hauslehrer verpflichte, meinem Sohn Unterricht zu erteilen, so hängt die Leistungsmöglichkeit nicht lediglich von der Leistungsfähigkeit des Hauslehrers ab. Vielmehr ergibt sich als weitere Voraussetzung, daß mein Sohn vorhanden ist. Es werden in diesem Falle nicht Dienste schlechthin geschuldet, sondern Dienste, die genau individualisiert sind, Dienste, die sich auf ein bestimmtes Objekt beziehen. Dieses kann, wie hier, ein Mensch sein; es kann aber auch jedes andere Stück der Außenwelt sein, eine Maschine, die bedient werden soll, ein Zimmer, das tapeziert, ein Rock, der ausgebessert werden soll.

Die Individualisierung kann auch das Zeitmoment betreffen; ich engagiere eine Musikkapelle, um meinen Schwiegereltern am Morgen ihrer silbernen Hochzeit ein Ständchen zu bringen. In diesem Falle wird die Leistung unmöglich sein, wenn die silberne Hochzeit schon ein Jahr vor dem Vertragsabschluß stattgefunden hat.

Es entsteht hierbei die Frage, in welchen Fällen Dienstleistungen als individualisiert anzusehen sind. An sich wird sich fast jede Dienstleistung, die versprochen wird, individualisieren lassen. Wenn ich einen Kutscher in Dienst nehme, geschieht das, um ihn für meine Pferde und meinen Wagen sorgen zu lassen. Ich nehme ein Dienstmädchen an, um meine Hauswirtschaft, ein Stubenmädchen, um meine Zimmer in Ordnung zu halten. Daraus ist aber keinesfalls zu folgern, daß in diesen Fällen tatsächlich Dienste in individualisierter Form versprochen sind. Ob dies der

Fall ist, hängt vielmehr einzig und allein von den Abmachungen der Parteien ab. Es wäre verfehlt, hier Regeln aufstellen und für gewisse Dienstleistungen eine Individualisierung grundsätzlich annehmen zu wollen. Dienstleistungen, die in einem Fall als individualisiert zu gelten haben, werden in einem anderen Falle unter anderen Umständen dies nicht sein. Ein Fabrikarbeiter wird in diesem Falle Dienste an einer bestimmten Maschine, in jenem Falle Dienste schlechthin leisten. Es ist auch unzutreffend, eine Vermutung dafür aufzustellen, daß Dienste individualisiert sind. Das Gegenteil ist der Fall. Im Zweifel wird immer anzunehmen sein, daß nur schlechthin die Arbeitskraft verdungen ist.[1]) Individualisierte Dienste werden nur geschuldet, falls der Wille der Parteien ausdrücklich auf eine solche Verpflichtung geht, oder ein solcher Wille der Parteien aus den besonderen Umständen zu entnehmen ist. Daher wird es sich stets um eine auf das Objekt bezogene Dienstleistung handeln, wenn ich meinen Sohn durch einen Hauslehrer unterrichten lasse. Nicht immer wird dies aber der Fall sein bei Dienstleistungen der Fabrikarbeiter.

Wenn in der Literatur häufig die Arbeit des Fabrikarbeiters als Schulbeispiel einer auf ein bestimmtes Objekt, nämlich die Fabrik, bezogenen Tätigkeit hingestellt wird, so ist das m. E. eine bedenkliche Verallgemeinerung der Fälle, in denen dies tatsächlich der Fall ist. Der Arbeiter, welcher eine besondere Maschine zu bedienen hat, auf die sich seine besonderen Fertigkeiten beziehen, leistet gewiß individuelle Arbeit. Aber es geht m. E. zu weit, dies von allen Arbeitern anzunehmen, bloß weil sie die Arbeit in einer bestimmten Fabrik zu verrichten haben. Die Beziehung zwischen Arbeit und dem Fabrikgebäude ist hier zu lose, als daß unter den gewöhnlichen Umständen eine individualisierte Arbeit vorliegen wird. Es wird ratsam sein, in jedem Falle sehr sorgsam zu prüfen, ob der Wille der Vertragschließenden auf etwas mehr gehen sollte, als die bloße Arbeitskraft zu verdingen.

Gelangt man aber zu dem Ergebnis, daß Dienstleistungen in besonderer Form versprochen sind, so kann die Leistung auch in

---

[1]) So Oertmann Anm. 5 c zu § 615; Enneccerus-Lehmann § 367 IV, 2; and. M. aber Kisch bei Grünhut S. 529; Planck § 615 Anm. 5.

dem Falle, daß in der Person des Dienstverpflichteten alle Voraussetzungen der Leistung gegeben sind, unmöglich werden, sofern sich die Unmöglichkeit auf die objektiven Voraussetzungen bezieht.

Die Leistung des Hauslehrers ist trotz seiner Arbeitsfähigkeit und Arbeitsbereitschaft unmöglich, wenn das von ihm zu unterrichtende Kind gestorben ist. Das Ständchen, das ich meinen Schwiegereltern am Silberhochzeitmorgen zugedacht habe, ist unmöglich, wenn die Silberhochzeit bereits gewesen ist.

Das Ergebnis unserer Betrachtung ist somit, daß ein in der Person des Gläubigers begründetes Ereignis auf die Möglichkeit der Leistung des Dienstverpflichteten einen Einfluß nur dann hat, wenn die Möglichkeit der Leistung von objektiven Voraussetzungen abhängt und diese objektiven Voraussetzungen durch das betreffende Ereignis beseitigt werden.

Anmerkung: Der Satz, daß auch ein in der Person des Gläubigers begründetes Fehlen der objektiven Voraussetzungen die Leistung unmöglich macht, ist von besonderer Bedeutung für den Fall, daß die Unmöglichkeit von dem Gläubiger der Leistung nicht zu vertreten ist, z. B. das von dem Hauslehrer zu unterrichtende Kind stirbt. Auch hier liegt nach der herrschenden und richtigen Ansicht Unmöglichkeit der Leistung vor.[1]) Diese hat zur Folge, daß der Schuldner der Leistung seinen Anspruch auf die Vergütung verliert (§ 323 BGB.). Um diese Folge zu beseitigen, wollen, wie schon im § 1 dargelegt, Crome[2]) und andere in diesem Falle aus Billigkeitsgründen Gläubigerverzug annehmen, indem sie von der Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung des Gläubigerverzugs absehen. Jedoch führt m. E. die hier vertretene Ansicht gar nicht zu Unbilligkeiten, zu Härten, wenn nur der Begriff Unmöglichkeit und die damit verknüpfte Frage der Individualisierung der Dienstleistung mit der nötigen Sorgfalt behandelt wird. Wer dem Dienstmädchen den Anspruch auf

---

[1]) vgl. Planck Anm. 6 zu § 293, Anm. 3 zu § 615, Anm. 5 zu § 616; Oertmann Anm. 3b zu § 293, Anm. 5c zu § 615, Anm. 3 zu § 644; Sigel S. 50ff; Titze S. 23ff.; Dernburg § 75 Anm. 1, § 305 Anm. 23; Stern S. 8ff.; Lotmar Bd. 2 S. 284; Rümelin S. 82 u. a. m.

[2]) Crome Bd. 2 § 163 S. 148f., § 259 S. 659; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. S. 200, 254ff.

Lohn für die Zeit, die dem Abbrennen des Hauses des Dienstherrn folgt, abspricht, wird natürlich unbillig handeln, aber nur deshalb, weil er den Begriff Unmöglichkeit falsch verwendet hat: Die Dienste des Dienstmädchens stehen nicht in Beziehung zu dem Hause und werden durch das Abbrennen des Hauses nicht unmöglich. Wenn aber Unmöglichkeit tatsächlich vorliegt, wenn die Vertragschließenden tatsächlich Dienste in besonderer Form zum Gegenstand des Vertrags gemacht haben, so kann sich der Dienstverpflichtete durch die Folgen nicht beschwert fühlen, denn indem er Dienste in bestimmter Individualisierung übernommen hat, hat er auch die für solche Dienste größere Gefahr des Unmöglichwerdens auf sich genommen.

Wir wenden uns nun wieder dem Hauptteil zu.

Wir hatten gefunden, daß ein in der Person des Gläubigers begründetes Ereignis auf die Möglichkeit der Leistung des Dienstverpflichteten einen Einfluß nur dann hat, wenn die Möglichkeit der Leistung von objektiven Voraussetzungen abhängt und diese objektiven Voraussetzungen durch das betreffende Ereignis beseitigt werden.

In allen Fällen dagegen, in denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, liegt somit Gläubigerverzug vor. Oft werden die Gebiete der Unmöglichkeit und des Gläubigerverzuges hart aneinander grenzen, so daß nur eine aufmerksame Betrachtung die richtige Beurteilung bringen wird. Insbesondere ist bei der Unterscheidung der Fälle Wert darauf zu legen, daß Unmöglichkeit der Leistung voraussetzt, daß objektive Voraussetzungen vorliegen und diese durch das betreffende Ereignis beseitigt werden. In vielen Fällen wird das Ereignis die objektiven Voraussetzungen einer Leistung zwar berühren, aber nicht beseitigen. In solchen Fällen liegt Gläubigerverzug vor. Es genügt für die Unmöglichkeit nicht, daß die objektiven Voraussetzungen berührt werden; es ist vielmehr erforderlich, daß das betreffende Ereignis sie beseitigt, zerstört, dergestalt trifft, daß sie nicht mehr vorhanden sind. Nehmen wir wieder den Fall des Hauslehrers als Beispiel! Stirbt der Schüler, so ist die Leistung des Hauslehrers mangels Vorhandenseins des Substrats der Leistung unmöglich. Wie aber, wenn er nicht gestorben, sondern nur verschwunden, z. B. ent-

führt ist. Das Ereignis der Entführung betrifft ohne weiteres die Person des Schülers, das Substrat der Leistung. Aber wird dadurch eine objektive Voraussetzung beseitigt oder lediglich berührt? Letzteres ist der Fall.

Wenn somit der Vater in diesem Fall geltend macht, die Leistung sei durch die Entführung seines Sohnes unmöglich geworden, so kann er mit diesem Einwand nicht gehört werden, wenn auch seine Gründe scheinbar ihm recht geben. Er führt nämlich aus, daß er nicht wisse, wo sein Sohn sich aufhalte; trotz entsprechender Bemühungen sei es unmöglich, den Sohn zurückzubringen; die Leistung des Lehrers sei daher unmöglich. Prüfen wir diese Gründe näher. Ist es richtig, daß durch die Unmöglichkeit, den Schüler herbeizuschaffen, die Leistung des Lehrers unmöglich wird? Die Möglichkeit der Leistung hängt von dem Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen, in diesem Falle des Lehrsubstrats ab. Dieses ist aber, wie wir annehmen, vorhanden, denn der Schüler lebt. Somit ist die Leistung des Hauslehrers möglich, und die Gründe des Vaters müssen falsch sein. Unmöglich ist keineswegs die Leistung des Lehrers, sondern lediglich das Herbeischaffen des Schülers, ein Umstand, der für die Möglichkeit der Leistung unwesentlich ist. Das Herbeischaffen des Schülers ist nicht Teil der Leistung des Lehrers, vielmehr entsteht für den Vater aus dem Vertrage die Pflicht, seinen Sohn dem Lehrer zur Verfügung zu stellen. Er ist verpflichtet, zwischen Lehrer und Schüler diejenige räumliche Beziehung herzustellen, die Voraussetzung für die Tätigkeit des Lehrers ist. Wird der Schüler entfernt, so wird nicht eine Handlung des Lehrers, sondern eine solche des Vaters erforderlich. Es entsteht für den Vater eine Mitwirkungsverpflichtung, eine Verpflichtung, eine Handlung zur Bewirkung der Leistung vorzunehmen. Die — subjektive oder objektive — Unmöglichkeit der Ausführung dieser Verpflichtung berührt somit das Schicksal der Leistung des Lehrers in keiner Weise.

Nicht Leistungsunmöglichkeit auf seiten des Dienstverpflichteten, sondern Abnahmeunmöglichkeit auf seiten des Dienstberechtigten tritt ein. Beide sind streng voneinander zu scheiden.[1])

[1]) vgl. Enneccerus-Lehmann § 706 Anm. 1; Kisch in Grünhuts Zeitschr. S. 528/29.

Bietet somit der Lehrer seine Leistung an, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Handlung, die zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist, nicht vornimmt. Das Angebot ist gehörig, da nach dem oben Ausgeführten eine mögliche Leistung angeboten wird. Sogar ein mündliches Angebot würde gemäß § 295 BGB. genügen.

Nach alledem könnte somit der Vater des Schülers mit seiner Ausführung, die Leistung sei unmöglich geworden, nicht gehört werden. Es liegt hier ein Fall vor, in dem die objektiven Voraussetzungen der Leistung durch ein Ereignis zwar berührt, aber nicht beseitigt werden, in dem somit, da Unmöglichkeit der Leistung nicht vorliegt, nur Gläubigerverzug eintreten kann.

§ 3.

Fälle, in denen die Entlassung Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen kann.

Nachdem wir so die Voraussetzungen festgestellt haben, unter denen bei Dienstverträgen eine Leistung unmöglich wird, gehen wir auf die Hauptfrage dieser Arbeit zu. Wir gehen nicht mehr davon aus, daß irgendein beliebiges Ereignis die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung entstehen läßt, sondern daß vielmehr die Entlassung dieses Ereignis darstellt. Wann hat die unbegründete Entlassung — nur diese kommt nach dem oben Ausgeführten in Betracht — Unmöglichkeit der Leistung und wann Annahmeverzug zur Folge?

Durch die Entlassung greift der Gläubiger einseitig in die zwischen ihm und dem Dienstverpflichteten bestehenden rechtlichen Verhältnisse ein. Dieses Eingreifen muß Wirkungen auf die gegenseitigen bestehenden Verpflichtungen ausüben. Diese Wirkungen haben somit ihren Grund in einem in der Person des Dienstberechtigten begründeten Umstande. Wenn wir uns die Erfahrungen des vorigen Paragraphen zunutze machen, so können wir die dort gefundene allgemeine Regel auf den besonderen Fall der Entlassung dahin anwenden, daß die Entlassung Unmöglichkeit der Leistung nur dann herbeiführen kann

wenn durch sie objektive Voraussetzungen der Leistung beseitigt werden. Voraussetzung dafür, daß die Entlassung die Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat, ist somit, daß die Leistung an objektive Voraussetzungen gebunden ist.

In allen den Fällen, in denen die Leistung nur von subjektiven Momenten abhängt, in denen der Dienstverpflichtete lediglich seine Arbeitskraft verdungen hat, kann eine Entlassung daher nie Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. Daß diese Fälle weitaus die häufigsten sind, haben wir oben bereits ausgeführt. Die Entlassung berührt hier das Imstandesein des Dienstverpflichteten, die Leistung von sich aus zu bewirken, in keiner Weise. Sie hat lediglich die Bedeutung, daß der Dienstberechtigte erklärt, die Dienste nicht mehr annehmen zu wollen. Die Dienstleistung bleibt möglich, und wenn der Dienstverpflichtete sie fernerhin dem Dienstberechtigten anbietet, kommt letzterer in Annahmeverzug. Nur Annahmeverzug kann daher bei solchen Dienstverträgen als Wirkung der unbegründeten Entlassung in Betracht kommen.

Hieraus ergibt sich: Der am Eingang dieser Arbeit mitgeteilte, den dort zitierten Entscheidungen zugrunde liegende Satz, die unbegründete Entlassung habe Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung zur Folge, trifft in dieser allgemeinen Fassung nicht zu. Er trifft nicht zu auf alle die Fälle, in denen die Möglichkeit der Leistung lediglich von den subjektiven Fähigkeiten des Dienstverpflichteten abhängt.

Hieraus jedoch ohne weiteres den Schluß zu ziehen, in allen anderen Fällen habe die Entlassung unbedingt Unmöglichkeit der Leistung zur Folge, wäre falsch. Schon oben haben wir ausgeführt, daß beim Vorliegen objektiver Voraussetzungen der Leistung Unmöglichkeit der Leistung nur eintritt, wenn durch das betreffende Ereignis die objektiven Voraussetzungen *beseitigt* werden. Also die Entlassung muß die objektiven Voraussetzungen *beseitigen*, nicht etwa nur berühren!

Wann liegt dieses Erfordernis vor?

Wenn ich den Hauslehrer meines Sohnes entlasse, verhindere ich, daß der Lehrer fernerhin seine Tätigkeit an dem Schüler ausübt. Ich greife in die zwischen dem Dienstverpflichteten und dem Dienstsubstrat bestehenden, der Erfüllung des Dienstvertrags die-

nenden Beziehungen ein und löse sie. Ich trete zwischen Subjekt und Objekt der Dienstleistungen. Im übrigen bleiben aber beide unberührt. Auf der einen Seite steht der Dienstverpflichtete, nach wie vor von sich aus bereit, die Dienste zu leisten. Auf der andern Seite steht der Schüler, immer noch zur Entgegennahme der Dienste geeignet. Nur mein Dazwischentreten hindert die Leistung der Dienste. Sobald ich beiseite trete, steht der Leistung der Dienste nichts im Wege. Die Voraussetzungen der Leistung werden somit durch die Entlassung keineswegs betroffen. Die subjektiven und objektiven Voraussetzungen bleiben unberührt. Die Entlassung hat somit nicht Unmöglichkeit der Leistung zur Folge. Die mögliche Leistung unterbleibt lediglich, weil der Gläubiger sich zwischen Subjekt und Objekt der Leistung stellt, weil er nicht dasjenige Verhalten zeigt, das ihm als Gläubiger zwecks Entgegennahme der Leistung obliegt. Es tritt daher Gläubigerverzug infolge der Entlassung ein, sobald der Dienstverpflichtete nur seine Dienste gehörig anbietet.

Somit gibt es auch Fälle, bei denen trotz Vorliegens objektiver Voraussetzungen durch die Entlassung die Leistung nicht unmöglich wird. Diese Ansicht hat auch in der Rechtsprechung bereits Anerkennung gefunden. Das Oberlandesgericht Hamburg hat sie vertreten. Die betreffende Entscheidung v. 10. 5. 1906 [1]) betrifft folgenden Fall: Der Kläger hatte an den Beklagten ein Automobil verkauft und sich verpflichtet, dem Beklagten das Fahren mit dem Automobil zu lehren. Nachdem der Beklagte auf einer Probefahrt einen Unfall gehabt hatte, weigerte er sich, fernerhin Unterricht entgegen zu nehmen mit der Begründung, daß er verständigerweise das Fahren aufgeben wolle, und daß dadurch die Leistung des Unterrichts unmöglich geworden sei. Das Oberlandesgericht führt dazu richtig aus, daß es irrig sei, hier von Unmöglichkeit zu sprechen. Es lägen vielmehr nach wie vor alle Voraussetzungen der Leistung vor, so daß lediglich Gläubigerverzug in Betracht kommen könne.

Es tritt eben Unmöglichkeit der Leistung infolge der Entlassung nur dann ein, wenn durch die Entlassung die objektiven

---

[1]) Abgedr. in Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 404.

Voraussetzungen beseitigt werden. Wir haben somit weiterzuforschen nach den Fällen, in denen die Entlassung diese Folge hat.

Unmöglichkeit der Leistung wird von manchen angenommen, wenn die Entlassung in einer Form geschieht, die den Dienstverpflichteten derart verletzt, daß ihm die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Ob hier Unmöglichkeit der Leistung vorliegt oder nicht, ist eine Frage, die das Kammergericht in einer Entscheidung v. 21. 9. 1903 [1]) ausdrücklich offen gelassen hat. Nach dem bisher Ausgeführten kann kein Zweifel bestehen, in welcher Richtung die Frage zu beantworten sein wird. Durch die Entlassung werden auch hier subjektive oder objektive Voraussetzungen der Leistung nicht betroffen. Die Leistung bleibt trotz der Entlassung möglich. Von dem oben behandelten unterscheidet sich dieser Fall nur darin, daß die Form der Entlassung dem Beklagten ein Recht gibt, seinerseits gemäß § 626 BGB. den Vertrag zu lösen. Wir haben bereits in der Einleitung von diesem Falle gesprochen.

Dieses Ergebnis ist auch keineswegs unbillig, wie von der Gegenseite behauptet wird. Richtig ist, daß der Dienstverpflichtete an und für sich an den Vertrag gebunden bleibt, da ja die Leistung möglich ist. Aber es liegt ja ganz in seinem Belieben, von sich aus den Vertrag gemäß § 626 BGB. zu lösen. Auch hinsichtlich der Entschädigungsansprüche ist sein Interesse vollständig gewahrt. Im Falle, daß der Dienstverpflichtete von der Kündigungsbefugnis des § 626 BGB. Gebrauch macht, ist der Dienstberechtigte verpflichtet, ihm den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 628 Abs. 2 BGB.). Seine Rechtslage ist somit nicht schlechter als in dem Falle, daß man Unmöglichkeit der Leistung annehmen würde. In diesem Falle hätte er den Anspruch auf die Gegenleistung behalten, müßte sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 324 BGB.). Tatsächlich könnte er somit in

[1]) Abgedr. in Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 472.

diesem Falle lediglich Ersatz seines Ausfalls verlangen. Der Umfang seiner Ansprüche wird somit derselbe sein, gleich ob sie auf § 628 Abs. 2 oder § 324 BGB. gestützt werden. Der Vorwurf, daß in unserem Falle die Ablehnung des Begriffs Unmöglichkeit zu Unbilligkeiten für den Dienstverpflichteten führe, trifft somit nicht zu.

Wie stellt sich aber die Sache dar, wenn die Entlassung nicht schlechthin durch eine entsprechende Erklärung geschieht, sondern mit ihr ein Verbot verbunden ist, die Arbeitsräume zu betreten oder die Arbeitseinrichtungen zu benutzen. Richtet sich hier die Entlassung gegen die objektiven Voraussetzungen der Leistung und hat sie demgemäß Unmöglichkeit der Leistung zur Folge? Das Reichsgericht bejaht diese Frage. Es stand folgender Fall zur Entscheidung: Der Dienstherr hatte den Dienstverpflichteten aus dem Hause gewiesen, in dem er die Dienste zu leisten hatte. Das Reichsgericht geht in seiner Entscheidung v. 21. 10. 1909 [1]) davon aus, daß in dem Hinausweisen ein Verbot zu erblicken sei, das Haus zum Zwecke der Leistung der Dienste wieder zu betreten, und folgert hieraus, daß dadurch dem Dienstverpflichteten die weitere Dienstleistung unmöglich geworden sei. Die gleiche Ansicht findet sich vertreten bei Fieberg [2]) und Sigel.[3]) Doch kann ihr meines Erachtens nicht unbedingt beigetreten werden.[4]) Richtig kann sie nach dem oben Entwickelten nur dann sein, wenn die Entlassung die objektiven Voraussetzungen, die „äußeren Faktoren" der Leistung beseitigt. Dies ist immer dann nicht der Fall, wenn, wie in dem oben angeführten Falle, der Dienstpflichtige kraft des Verbots gehindert ist, in den Arbeitsraum, an das Arbeitsobjekt zu gelangen, der Arbeitsraum aber betretbar, das Arbeitsobjekt brauchbar bleibt. In diesen Fällen sind die objektiven Voraussetzungen in keiner Weise berührt. Es ist auch in diesem Falle lediglich der Wille des Dienstherrn, der der Leistung der Dienste im Wege steht. Das Dienstsubjekt ist trotz der Entlassung zur Arbeitsleistung bereit. Das Objekt der Dienstleistung,

[1]) Abgedr. in JurW. 1909 S. 722 Nr. 12.
[2]) vgl. Fieberg a. a. O. S. 486.
[3]) vgl. Sigel S. 77.
[4]) Ebenso Oertmann Anm. 2 V a. E. zu § 615; Lotmar Bd. 2 S. 252—254.

die Maschine, die mit Fresken zu schmückende Wand, der auszumauernde Brunnen, ist trotz der Entlassung vorhanden und harrt der Dienste. Aber der Dienstberechtigte will diese Dienste nicht entgegennehmen, will zwischen Subjekt und Objekt nicht die Beziehungen herstellen, die herzustellen ihm obliegt und deren Herstellung die Leistung der Dienste voraussetzt. Daß dieser Wille imstande sein soll, die Leistung unmöglich zu machen, ist ausgeschlossen. Ebensowenig wie Nichtleistenwollen Unmöglichkeit zur Folge hat, kann das bloße Nichtannehmenwollen Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. Was ist das für eine Unmöglichkeit, die der Dienstberechtigte jederzeit dadurch beseitigen kann, daß er sich zur Entgegennahme der Dienste wieder bereit erklärt! Eine Unmöglichkeit, die ganz in dem Willen einer Vertragspartei liegt! Auch Fieberg[1]) scheint das Bedenkliche seiner Ansicht empfunden zu haben. Er weist darauf hin, daß die Unmöglichkeit durch eine entgegengesetzte Erklärung des Dienstberechtigten gehoben werden könne, und läßt in diesem Falle die Verpflichtung des Angestellten wieder aufleben, „da er nur insoweit von derselben befreit werde, als sie ihm unmöglich werde". Aber er zieht daraus nicht den richtigen Schluß. Nach seiner Ansicht liegt es also in der Hand des Gläubigers, ob der Dienstverpflichtete von seiner Leistung befreit wird oder nicht. Und wie wird die Rechtslage sein, wenn der Angestellte sich nach der Entlassung anderweitig verdingt, darauf aber der Dienstherr die Entlassung widerruft! Der Dienstverpflichtete ist nicht befreit, ist aber auch nicht mehr imstande, zu leisten. Kommt er dann in Schuldnerverzug?

In der Praxis wird der Begriff Unmöglichkeit der Leistung viel an unrechter Stelle verwandt. Es ist eine Neigung festzustellen, ihn an unrechter Stelle zu verwenden, die wohl dadurch zu erklären ist, daß mit Hilfe des Begriffs Unmöglichkeit verwickelte Beziehungen der Parteien am schneidigsten gelöst werden. Oft ist es auch schwer zu erkennen, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliegt oder nicht.

Bei Prüfung der Frage, ob bei individualisierten Dienstverträgen Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, muß meines

---

[1]) Fieberg a. a. O. S. 486.

Erachtens immer vorausgesetzt werden, daß von seiten des Dienstberechtigten alles geschehen ist, was ihm aus dem Vertrage obliegt. Von dieser Annahme aus ist dann zu untersuchen, ob die subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Leistung noch vorliegen. Diese Methode wird Verwirrungen verhindern. Habe ich einen Künstler verpflichtet, meinen Eßsaal mit Bildern zu versehen, so haben wir die Frage der Möglichkeit der Leistung nur von dem Gesichtspunkt aus zu prüfen, daß ich dem Künstler Einlaß in meine Villa gewährt habe. Sie wird möglich sein, wenn einerseits der Künstler imstande ist, die bedungenen Arbeiten zu liefern, andererseits in meiner Villa überhaupt ein Eßsaal vorhanden oder in einem für die Bearbeitung geeigneten Zustand vorhanden ist. Hiermit ist die Frage der Möglichkeit der Leistung dann erledigt. Ob die von uns gesetzte Annahme, daß ich dem Künstler Zutritt zur Villa gewähre, eintritt oder nicht, ist für die Frage der Möglichkeit der Leistung ganz ohne Bedeutung.

Wenn somit die Entlassung, verbunden mit dem Verbot, die Arbeitsstätte zu betreten usw., nicht Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, so ist damit die Zahl der für Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommenden Fälle äußerst begrenzt worden. Tatsächlich wird die Entlassung auch nur in seltenen Fällen Unmöglichkeit zur Folge haben, denn nur selten werden durch die Entlassung objektive Voraussetzungen beseitigt werden. Es sind nicht etwa hierher zu rechnen jene Fälle, in denen die Unmöglichkeit nicht Folge, sondern Anlaß der Entlassung ist. Wenn der Vater nach dem Tode seines Sohnes den Hauslehrer, der Fabrikherr nach dem Brande der Fabrik den Kesselwärter entläßt, so ist nicht etwa durch die Entlassung die Dienstleistung unmöglich geworden. Vielmehr hat der Dienstherr den Angestellten entlassen, weil durch den Untergang des Arbeitsobjekts die Leistung unmöglich geworden war. Die Entlassung hat in diesen Fällen auch gar nicht die Bedeutung eines die Tätigkeit beendigenden Ereignisses. Die Beendigung ist vielmehr schon mit dem Untergang des Objekts eingetreten, und die Entlassung bedeutet weiter nichts, als eine Mitteilung vom Eintritt der Unmöglichkeit, einen Hinweis auf die neu geschaffene Rechtslage.

Das Gebiet, auf dem wir Fälle der Unmöglichkeit der Leistung

als Folge der Entlassung zu suchen haben werden, wird das Gebiet der zeitlich individualisierten Dienstverträge sein. Hier kann zwar nicht die Entlassung allein, wohl aber in Verbindung mit dem Ablauf der für die Leistung bestimmten Zeit die Leistung unmöglich machen. Schicke ich den Friseur fort, der meine Frau vor dem Beginn einer Festlichkeit frisieren soll, so wird die Leistung infolge der Entlassung unmöglich, sobald die Festlichkeit begonnen hat. Aber genau betrachtet ergibt sich die Unmöglichkeit hier meistens auch nicht als unmittelbare Folge der Entlassung. Hat der Friseur vor der Entlassung seine Dienste angeboten, so wird vielmehr als erste Folge Gläubigerverzug eintreten. Dieser wird so lange bestehen, als die Leistung, wegen Nichtablaufs der Zeit, noch möglich bleibt. Erst wenn die Erfüllungszeit verstrichen ist, wird dann die Leistung unmöglich werden. Es endet der Gläubigerverzug und macht dem Zustand Unmöglichkeit Platz. Es sind dies somit Fälle, in denen auf Grund des nämlichen Ereignisses Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung eintreten, aber nacheinander, nicht gleichzeitig. Unmöglichkeit der Leistung als unmittelbare Folge der Entlassung wird aber immer dann Platz greifen, wenn die Entlassung dem Ablauf der für die Leistung bestimmten Zeit unmittelbar vorhergeht, z. B. ich entlasse den Angestellten, der an einem bestimmten Tage mittags 12 Uhr meine Brieftauben auffliegen lassen sollte, in dem Augenblick, als er zur rechten Zeit den Schlag öffnen wollte.

Als Ergebnis haben wir somit festzustellen, daß der anfangs mitgeteilte Satz, unbegründete Entlassung habe Unmöglichkeit der Leistung zur Folge, falsch ist, daß vielmehr nur in besonderen Fällen, die oben besprochen sind, diese Folge eintritt.

Ist infolge der unbegründeten Entlassung Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, so bestimmen sich die Wirkungen der Entlassung nach § 324 BGB., da ja die unbegründete Entlassung ein Umstand ist, der von dem Dienstberechtigten zu vertreten ist.

§ 324 BGB. lautet:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen,

was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist".

Die Folge ist somit, daß trotz der Entlassung der Dienstverpflichtete im Prinzip für die Dauer des Vertrages, die durch die Entlassung nicht berührt wird, seinen Anspruch auf Gehalt, Lohn usw. behält. Er muß sich lediglich anderweitigen Verdienst nach Maßgabe der Vorschrift des § 324 BGB. anrechnen lassen. Da die ihm obliegende Leistung unmöglich ist, kann eine Gegenleistung von seiner Seite nicht mehr in Betracht kommen.

§ 4.

Die Voraussetzungen, unter denen im Falle der unbegründeten Entlassung Gläubigerverzug eintritt.

In allen den Fällen, in denen die Entlassung jedoch nicht Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat — nach dem oben Gesagten werden diese Fälle durchaus überwiegen —, wird als mögliche Folge der unbegründeten Entlassung nur Gläubigerverzug in Betracht kommen können. Gläubigerverzug tritt nicht schlechthin ein; vielmehr müssen hier neben der Entlassung noch besondere Umstände vorliegen, die zusammengenommen die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs erfüllen.

Gläubigerverzug liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung gehörig anbietet und der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert.

Von diesen beiden Erfordernissen wird das letztere durch die Entlassung erfüllt. Entläßt der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten, so erklärt er damit, die Dienste des Verpflichteten nicht mehr annehmen zu wollen. In welcher Form auch immer die Entlassung erfolgen wird, niemals wird ein Zweifel darüber

herrschen, daß in der Entlassung die Erklärung zu erblicken ist, in der Zukunft die Dienste nicht annehmen zu wollen.

Die Entlassung wird somit Gläubigerverzug nur dann herbeiführen, wenn auch das erste der beiden Erfordernisse vorliegt, wenn nämlich der entlassene Dienstverpflichtete die Dienste, bezüglich deren der Dienstberechtigte im Gläubigerverzug sein soll, gehörig angeboten hat.

Ob ein Angebot gehörig ist, richtet sich nach dem Inhalt der geschuldeten und anzubietenden Leistung. Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden, d. h. alle Momente, die den Inhalt der Leistung bestimmen und bei der Erfüllung zu berücksichtigen sind, sind auch bei dem Angebot zu berücksichtigen. Die Leistung ist somit nach ihrem Inhalt, nach der für sie in Betracht kommenden Zeit, nach dem maßgebenden Ort, wo erfüllt werden soll, gehörig anzubieten. Das Angebot hat regelmäßig so zu erfolgen, daß die Leistung tatsächlich angeboten wird (§ 294 BGB.). Jedoch genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners immer dann, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, die Leistung nicht annehmen zu wollen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist (§ 295 BGB.). Letzterenfalls steht dem wörtlichen Angebot der Leistung die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

In der Entlassung liegt, wie schon oben hervorgehoben, die Erklärung des Gläubigers, die Dienste des Dienstverpflichteten für die Zukunft nicht mehr annehmen zu wollen. Es bedarf somit, um den Dienstberechtigten in Gläubigerverzug zu setzen, im Falle der Entlassung nicht eines *tatsächlichen* Angebots der Leistung; vielmehr wird ein *wörtliches* Anbieten der Dienste seitens des Schuldners genügen.

Damit somit, wenn eine Entlassung stattgefunden hat, der Dienstberechtigte in Gläubigerverzug kommt, muß der Dienstverpflichtete ihm, wenn auch nur wörtlich, seine Dienste anbieten. Erfolgt die Entlassung, bevor die Dienstleistungen begonnen haben, bevor der Dienstverpflichtete seine Stellung angetreten hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten seine Dienste anzubieten hat. Würde er

das unterlassen, so könnte daraus geschlossen werden, daß er mit der Entlassung sogar einverstanden ist. Um diesen Erfolg zu vermeiden, muß der Entlassene seinen Willen, den Vertrag zu erfüllen, irgendwie zur Äußerung bringen. Will er den Dienstberechtigten aber in Annahmeverzug setzen, so bedarf es eines Angebots der Dienste, das nach dem oben Gesagten wörtlich sein darf. Erforderlich ist daher eine Äußerung des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten gegenüber, daß er trotz der Entlassung seine Dienste leisten will.

Anders liegt dagegen der Fall, sobald die Entlassung nach dem Dienstantritt erfolgt.[1])

In diesem Falle ist der Wille des Dienstverpflichteten, den Vertrag seinerseits zu erfüllen, bereits durch den Antritt des Dienstes in Erscheinung getreten. Es entsteht die Streitfrage, ob es auch hier erforderlich ist, daß der Dienstverpflichtete nach der Entlassung seine Dienste anbietet, oder aber ob von einem wiederholten Anbieten der Dienste abgesehen werden kann, mit Rücksicht darauf, daß der Dienstverpflichtete durch den Dienstantritt seinen Willen, den Vertrag zu erfüllen, bereits kundgetan hat.

Diese Frage war früher recht umstritten. Die herrschende Meinung verlangte, daß der Schuldner nach der Entlassung seine Dienste nochmals gehörig anbot, einerlei, ob er mit der Dienstleistung bereits begonnen hatte oder nicht. Versäumte der Dienstberechtigte das Angebot seiner Dienste, so sollte trotz der Entlassung der Gläubiger nicht im Verzug sein. Diese Lehre fand ihren Hauptvertreter in Staub,[2]) dessen Autorität das Überwiegen dieser Lehre wohl auch zuzuschreiben ist. Er stellte das Erfordernis auf, daß der Dienstverpflichtete sich nach der Entlassung ausdrücklich zur Verfügung des Dienstherrn stellen müsse. Namhafte Kommentatoren[3]) traten ihm bei, so daß dieser Grundsatz Theorie und Praxis[4]) beherrschte. Die Folge war, daß in nur seltenen Fällen der Dienstverpflichtete in den Genuß der ihm durch § 615

[1]) Darüber, daß der § 615 BGB. auch in diesem Falle Anwendung findet, vergleiche am Schlusse dieses Paragraphen.

[2]) Staub 7. Aufl. § 70 Anm. 1.

[3]) vgl. Goldmann Bd. 1 S. 340 und Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 70.

[4]) vgl. die Entscheidungen in Anm. 1 auf S. 30.

BGB. gewährten Ansprüche kam. Die Erfahrung lehrt ja, daß, wenn im Rahmen eines Dienstvertrages Differenzen entstehen, die zur Entlassung führen, in den meisten Fällen auf seiten sowohl des Dienstberechtigten als auch des Dienstverpflichteten Inkorrektheiten vorkommen. Die Differenzen sind, zumal bei der großen Gruppe der Gesindedienstverträge, häufig in persönlichen Momenten zu suchen. Die Fälle, in denen der Dienstverpflichtete nach der Entlassung sich so verhält, wie er nach der Staubschen Lehre zur Erhaltung seiner Rechte tun muß, werden daher selten sein. In den weitaus häufigsten Fällen wird der Dienstberechtigte es unterlassen, seine Dienste nochmals anzubieten.

In diesen Fällen stehen ihm somit, wenn man der Staubschen Lehre folgt, die Ansprüche aus § 615 BGB. nicht zu. Dieses Ergebnis ist nicht erfreulich und entsprach auch unter der Herrschaft der Staubschen Lehre nicht dem Rechtsgefühl. Man empfand es als unbillig, daß der ohne Grund entlassene Dienstverpflichtete lediglich deshalb keinerlei Ansprüche gegen den Dienstherrn, der doch den Kontrakt gebrochen hatte, haben solle, weil er es unterlassen habe, durch erneutes Anbieten seiner Dienste Gläubigerverzug herbeizuführen. Anstatt nun jedoch die Auffassung von den Voraussetzungen des Gläubigerverzugs zu korrigieren und unter Aufgabe der strengen Lehre, die ein erneutes Anbieten erfordert, der billigeren Auffassung zu folgen, die von einem wiederholten Angebot absah, versuchte man, auf anderem Wege zu einem befriedigenderen Resultat zu kommen. Man entschied, daß durch die unbegründete Entlassung die Leistung des Dienstverpflichteten schlechthin unmöglich geworden sei, daß der Dienstberechtigte auch den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten habe und somit der Dienstverpflichtete gemäß § 324 BGB. seinen Anspruch auf die Vergütung auch trotz der Entlassung behalte. Dadurch wurde zwar das gewünschte Ergebnis erreicht. Zugleich enthielt diese Lösung aber den Fehler, daß sie auf einer falschen Anwendung des Begriffs Unmöglichkeit beruhte. Wir haben ja oben ausführlich dargelegt, daß durch die Entlassung nur unter besonderen Fällen Unmöglichkeit eintritt, und daß es unrichtig ist, in allen Fällen der Entlassung Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen.

In Verkennung des Begriffs Unmöglichkeit wurde die Vor-

schrift des § 324 BGB. angewendet, nur um die Lehre zu retten, daß der Dienstherr infolge des Fehlens eines erneuten Angebots der Dienste nicht in Verzug ist. So finden wir die Lehre von dem Erfordernis des erneuten Angebots und des Eintritts der Unmöglichkeit der Leistung infolge der Entlassung in Theorie und Praxis[1]) weit verbreitet. Ja wir haben hiermit zugleich eine Erklärung gefunden dafür, daß gerade bei Dienstverträgen der Begriff der Unmöglichkeit so oft verkannt wurde. Der Begriff Unmöglichkeit mußte eben aushelfen, als eine zu strenge Auffassung des Begriffs Gläubigerverzug zu Unbilligkeiten führte. Und dabei wurde dann der Begriff Unmöglichkeit nicht vorsichtig genug und oft am falschen Platze verwendet!

Alle diese Unbilligkeiten und die Gefahr, den § 324 BGB. aushilfsweise am falschen Platze zu verwenden, werden vermieden, wenn man der Auffassung der Gegner beitritt, die dahin geht, daß nach der Entlassung ein erneutes Anbieten der Dienste nicht erforderlich ist. Diese Ansicht hat bereits früher gegenüber der Staubschen Lehre Vertreter gefunden und ist in neuester Zeit sowohl in Theorie, wie in Praxis durchgedrungen.[2]) Sie steht selbstverständlich auf dem Boden des Gesetzes, das zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs ein gehöriges Angebot der Dienste erforderlich macht. Aber sie hält dafür, daß ein erneutes Angebot nach der Entlassung deshalb nicht erforderlich ist, weil das bei Dienstantritt regelmäßig erfolgte Angebot ein Angebot sämtlicher Vertragsleistungen bedeutet, während der Dauer des Vertrags fortwirkt.

Wenn der Dienstpflichtige, so führen die Anhänger dieser Lehre aus, seinen Dienst angetreten hat, so hat er damit nicht allein den sofort zu leistenden Teil der Dienste, sondern die gesamte Leistung gemäß dem gesamten Schuldverhältnis angeboten. Er hat seinen Willen kundgegeben, seinen Vertragsverpflichtungen in ihrer Gesamtheit nachzukommen. Dieser in Erscheinung gebrachte Wille dauert auch nach der Entlassung fort, sofern sich

[1]) vgl. David a. a. O. S. 146; Entscheidungen in Seufferts Arch. Bd. 57 S. 359, 59, 163 und viele mehr; die Entscheidung des KG. in Rechtspr. Bd. 7 S. 472 läßt die Frage offen.

[2]) vgl. weiter unten.

der Dienstverpflichtete nur nicht mit ihm und einem solchen Willen entsprechenden Zustand in Widerspruch setzt. Daher ist ein erneutes Angebot nicht erforderlich. Dem Dienstverpflichteten stehen auch ohne ein solches die Rechte aus § 615 BGB. zu.

Diese Ansicht ist allein richtig.[1]) Man kann sich ihr um so unbedenklicher anschließen, als der Hauptvertreter der Gegenansicht, Staub, nach einer Mitteilung der Herausgeber der 8. Auflage des Staubschen Kommentars zum Handelsgesetzbuch die von ihm bisher vertretene Ansicht aufgegeben hat und in den Vorarbeiten zur 8. Auflage der hier angenommenen beigetreten ist, wie denn auch die Herausgeber der 8. Auflage sich auf diesen Standpunkt gestellt haben.[2]) Unsere Ansicht wird ferner vertreten durch Oertmann und Planck,[3]) welch letzterer weitergehend in der Entlassung einen Verzicht auf ein Angebot sehen will, zum mindesten aber an die Entlassung die Folge knüpfen will, daß der Dienstberechtigte arglistig handeln würde, wenn er sich darauf beruft, daß der andere seine Dienste nicht nochmals angeboten habe. Auch die Rechtsprechung ist der hier vertretenen Ansicht neuerdings gefolgt und hat von einem nochmaligen Angebot als Voraussetzung des Gläubigerverzugs abgesehen.[4])

Die Folgen sind nicht unbedeutend. Während, wie oben betont, die Gegner zu einer falschen Anwendung des Begriffs Unmöglichkeit Zuflucht nehmen mußten, um den Dienstverpflichteten nicht leer ausgehen zu lassen, ergeben sich hier die Rechte des Angestellten ohne weiteres aus § 615 BGB.

Daß § 615 BGB. auch auf den Fall der Entlassung nach Dienstantritt anzuwenden ist, ist oben schon hervorgehoben worden. Dies ist jedoch nicht unbestritten.

Das Kammergericht hat in einem Urteil v. 19. 3. 1908[5]) ausgeführt, der § 615 BGB. beziehe sich nur auf den Fall, daß

---

[1]) vgl. Fieberg S. 484 f.; Meyer in DJZ. 1906 S. 531; Römer das. 1903 S. 340; Sigel S. 76.

[2]) Staub 8. Aufl. Bd. 1 § 70 Anm. 4.

[3]) Oertmann Anm. 2cβ a. E. zu § 615; Planck Anm. 3 zu § 615.

[4]) Urteil des KG. v. 15. 12. 1904 in Seufferts Arch. Bd. 60 Nr. 104, des OLG. Darmstadt v. 15. 12. 1905 in Rechtspr. Bd. 12 S. 268.

[5]) Abgedr. in Rechtspr. d. OLG. Bd. 17 S. 404.

der Verpflichtete seinen Dienst noch nicht angetreten hat und der Berechtigte mit der Annahme der noch gar nicht begonnenen Dienste in Verzug geraten ist. Diese beschränkte Anwendung des § 615 BGB. ist aber im Gesetz nicht begründet. Das Gesetz macht die vom Kammergericht gesetzte Unterscheidung zwischen Verzug vor oder nach Dienstantritt nicht. Wie Oertmann[1]) richtig ausführt, würde die Nichtanwendung des § 615 BGB. auf den Fall des Verzugs nach Dienstantritt dahin führen, daß der Dienstverpflichtete die nicht angenommenen Dienste nachzuleisten hätte, daß er somit sein Entgelt nur Zug um Zug gegen Leistung aller bisher nicht angenommenen Dienste beanspruchen könne, und daß er für das unnütze Warten nicht entschädigt würde. Dadurch würden die Interessen des Dienstverpflichteten in erheblichem Maße verletzt. Dies hat auch das Reichsgericht[2]) erkannt. Es hat die erwähnte Entscheidung des Kammergerichts abgeändert und sich dahin ausgesprochen, daß der § 615 BGB. auf alle Fälle des Gläubigerverzugs, einerlei ob vor oder nach Dienstantritt entstanden, anzuwenden ist.

Wenn somit die Entlassung Gläubigerverzug zur Folge hat, ergeben sich die Wirkungen aus § 615 BGB. Dieser Paragraph lautet:

„Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt".

Die Folge ist somit, daß auch hier der Dienstverpflichtete trotz der Entlassung für die Dauer des Vertrags seinen Anspruch auf Gehalt, Lohn usw. behält. Er muß sich lediglich einen anderweitigen Verdienst nach Maßgabe der Vorschrift des § 615

---

[1]) Oertmann Anm. 2 u. 3b zu § 615 BGB.; ebenso anscheinend Planck Anm. zu § 615 und Komm. d. RGRäte Anm. 1 zu § 615.

[2]) Urteil v. 5. 3. 1909, abgedr. in Warneyer, Rechtspr. 1909 Nr. 286.

BGB. anrechnen lassen. Im Gegensatz zu der nach § 324 BGB. zu beurteilenden Rechtslage bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung bleibt hier die Leistung des Dienstverpflichteten an sich möglich. Auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 615 BGB. ist aber der Dienstverpflichtete zur Nachleistung derjenigen Dienste, mit deren Annahme der Dienstberechtigte in Verzug gekommen ist, nicht verpflichtet.

§ 5.

Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug.

Sind somit Unmöglichkeit der Leistung und Gläubigerverzug als Folgen einer unbegründeten Entlassung begrifflich streng voneinander zu scheiden, so macht es auf die praktische Behandlung der Fälle keinen allzu großen Unterschied, ob das eine oder das andere als vorliegend angenommen wird. Die Wirkungen sind in beiden Fällen fast die gleichen, und das ist wohl auch ein Grund dafür, daß beide Begriffe so oft durcheinander geworfen werden.

In beiden Fällen behält der Dienstverpflichtete auch nach der Entlassung seinen Anspruch auf die Gegenleistung, und zwar den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung selbst, nicht etwa einen Schadensersatzanspruch.[1]) Auf diesen Anspruch muß er sich jedoch in beiden Fällen einen anderweitigen Verdienst oder eine Ersparnis anrechnen lassen. Die entsprechenden Vorschriften stimmen im Wortlaut fast überein.

Aber in einer Hinsicht weicht die in dem einen Fall geschaffene Rechtslage doch von der des anderen Falls ab. Während nämlich dann, wenn die Leistung weiterer Dienste durch die Entlassung unmöglich geworden ist, der Dienstverpflichtete von der Leistung der Dienste frei wird, dergestalt, daß er über sich und seine Arbeitskraft frei verfügen kann, bleibt im Falle des Gläubigerverzugs die Verpflichtung zur Leistung der Dienste bestehen.

[1]) So Oertmann Anm. 2c zu § 615, Anm. 2c zu § 324; Komm. d. RGRäte Anm. 1 zu § 615.

Der Dienstverpflichtete ist zwar nach dem Gesetz zu einer Nachleistung der infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste nicht verpflichtet. Er ist aber, solange nach dem Vertrage noch Dienste zu leisten sind, zur Leistung der Dienste in der Zukunft und damit zur Wahrung eines bestimmten Verhaltens verbunden.[1]) Auch er ist berechtigt, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerten und zu diesem Zwecke neue Dienstverträge einzugehen. Dies ergibt sich schon daraus, daß Satz 2 des § 615 BGB. gerade für diesen Fall die Anrechnungspflicht des eventuellen Verdienstes festsetzt. Aber er muß bei alledem, will er nicht seine Ansprüche aus § 615 BGB. verlieren, sich so verhalten, daß der Gläubigerverzug des Dienstberechtigten bestehen bleibt.

Während somit die Rechtslage bei eingetretener Unmöglichkeit einfach und klar ist, schafft der infolge der Entlassung eingetretene Gläubigerverzug einen sehr komplizierten Rechtszustand. Der Dienstverpflichtete ist einmal genötigt, sich zur Verfügung des Dienstberechtigten zu halten. Daneben darf er aber seine Arbeitskraft nicht brachliegen lassen, er muß sich vielmehr nach anderweitigem Verdienst umsehen. Er befindet sich in einer Zwitterstellung; seine Verpflichtungen ziehen ihn nach zwei verschiedenen Seiten.

Daß es bei einer so komplizierten Rechtslage bei der Beurteilung eines Falls sehr auf die besonderen Verhältnisse ankommen wird, ist nur verständlich. Wir wollen uns mit diesen Fragen noch etwas näher befassen.

Voraussetzung des Gläubigerverzugs ist an und für sich, daß der Dienstverpflichtete von sich aus bereit ist, die Dienste zu leisten. Will somit der Entlassene den Dienstberechtigten für die Dauer des Vertrages im Gläubigerverzug halten, so muß er dafür sorgen, daß er zur Erfüllung des Vertrags von sich imstande bleibt. Das wird er immer dann bleiben, wenn er es freiwillig oder unfreiwillig unterläßt, einen anderen Dienstvertrag abzuschließen, somit tatsächlich dauernd seine Dienste bereithält. Er wird aber auch imstande bleiben, seinen Verpflichtungen nachzukommen, wenn er seine Arbeitskraft anderweitig verwendet.

---

[1]) So auch Dertmann Anm. 2c zu § 615; Urteil d. OLG. Darmstadt v. 13. 12. 1905 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 268.

Das ist unzweifelhaft, wenn der Dienstverpflichtete, wie es meistens der Fall sein wird, sich zunächst als Aushilfskraft beschäftigt in Stellungen, wo ein augenblicklicher Bedarf an Kräften vorliegt, die aber nicht auf die Dauer berechnet sind und sich sofort lösen lassen. Aber auch der Abschluß eines Dienstvertrags auf längere Zeit hält ihn dienstbereit. Denn wenn auch ein Dritter einen rechtlichen Anspruch auf seine Dienste hat, so bleibt er doch tatsächlich zur Leistung der Dienste gegenüber seinem ersten Dienstherrn bereit. Unser Recht kennt ja keine Vorschrift, wonach der zweite Dienstherr den Dienstverpflichteten zur Leistung der Dienste zwingen und somit seine Dienstbereitschaft gegenüber dem ersten Dienstherrn beseitigen könnte. Selbst wenn er ein Urteil erwirkt hätte, wonach der Dienstverpflichtete zur Leistung der Dienste verurteilt wäre, könnte er dieses Urteil nicht vollstrecken. Somit wird der Dienstverpflichtete, selbst wenn er einen dauernden Vertrag abschließt, rechtlich immer bereit sein, den ersten Vertrag zu erfüllen, sofern er nur vor einem Kontraktbruch gegenüber dem zweiten Dienstherrn nicht zurückschreckt.

Durch den Abschluß eines solchen Vertrags wird das Bestehen des ersten Vertrags nicht berührt, es sei denn, daß der Wille des Dienstverpflichteten dahin ging, unter stillschweigendem Einverständnis mit der Entlassung den ersten Vertrag zu lösen und einen neuen zu schließen. Durch den Abschluß wird m. E. auch nicht etwa die Erfüllung des ersten Vertrags unmöglich und dadurch beendet. Wenn die Entlassung nicht Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat — was ja Voraussetzung ist —, so wird die Annahme eines anderen Dienstes auch nicht Unmöglichkeit herbeiführen, denn sie berührt nicht die Faktoren, die die Möglichkeit der Leistung bedingen.

Daß der Dienstverpflichtete, um den Gläubigerverzug aufrechtzuerhalten, vor Abschluß eines neuen Dienstvertrags dem Dienstberechtigten seine Ansicht kundgibt, ist m. E. nicht erforderlich. Oertmann[1]) verlangt dies, wenn auch nicht unbedingt, so aber doch nach Lage des Falls unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben. Es ist dem aber entgegenzuhalten, daß

[1]) Oertmann Anm. 2c zu § 615.

der Dienstberechtigte, nachdem er einmal die Entlassung ausgesprochen hat, damit rechnen muß, daß der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft anderweitig verwendet, denn das Gesetz droht ja dem Entlassenen mit Nachteilen, falls er es böswillig unterläßt, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwenden.

Es wird somit darauf ankommen, ob der Dienstverpflichtete in tatsächlicher Beziehung imstande bleibt. Daß der entlassene Hauslehrer, der eine Stellung als Reisebegleiter annimmt und eine Reise um die Welt antritt, zur Leistung der Dienste gegenüber seinem ersten Dienstherrn nicht mehr imstande ist, ist selbstverständlich. Das aber nicht, weil er einen anderen Vertrag eingegangen ist, sondern weil er sich ins Ausland begeben hat. Auch der Dienstverpflichtete, der dies tut, ohne einen Vertrag einzugehen, wird außerstande sein, den Dienstvertrag zu erfüllen.

Wir haben bisher angenommen, daß die Rechtslage des entlassenen Dienstverpflichteten so zu verstehen ist, daß er zu jeder Zeit bereit und imstande sein muß, die Dienstleistung wieder aufzunehmen. Wir haben also vorausgesetzt, daß der Dienstberechtigte jederzeit berechtigt ist, die ausgesprochene Entlassung zurückzunehmen und Erfüllung des Vertrags zu verlangen. Das ist nun aber keineswegs der Fall.

Falls ein Gläubigerverzug in anderer Weise entstanden ist als durch eine Entlassung, vielleicht sogar durch einen Umstand, den der Dienstberechtigte gar nicht zu vertreten hat — z. B. der Dampfer, zu dessen Entlöschung Leute angenommen, verspätet sich infolge Nebels —, so wird kein Zweifel herrschen, daß der Dienstberechtigte, sobald er imstande ist, die Dienste entgegenzunehmen, die Leistung der Dienste verlangen kann. Sind die Dienstverpflichteten dann dazu nicht imstande, so wird der Gläubigerverzug enden. Anders aber bei der Entlassung. Die unbegründete Entlassung stellt einen Gewaltakt dar, durch den der Dienstberechtigte die vertraglichen Beziehungen einseitig stört. Der Grund, weshalb die Dienste nicht angenommen werden, ist nicht „Nichtkönnen", sondern „Nichtwollen". Unbegründete Entlassung ist Kontraktbruch auf seiten des Dienstberechtigten. Hat aber der Dienstberechtigte den Vertrag einmal gebrochen, so kann dem Dienstverpflichteten nicht zugemutet werden, den Vertrag

weiter zu erfüllen. Verlangt daher der Dienstherr nach der Entlassung und unter Zurücknahme der Entlassung Erfüllung des Dienstvertrages, so kann der Dienstverpflichtete ihm mit Recht entgegenhalten, daß er nicht verpflichtet sei, die Dienste wieder aufzunehmen und sich der Gefahr einer abermaligen Entlassung auszusetzen.[1]) Wenn sich demgegenüber der Dienstherr sodann auf die Nichtbereitschaft des Dienstverpflichteten berufen und seinen Verzug bestreiten würde, so müßte dieses Vorgehen als Schikane angesehen werden.

Wohl verstanden, nicht in allen Fällen der Entlassung wird dies zutreffen, sondern nur in Fällen, in denen die Entlassung als krasser Vertragsbruch erscheint. Es muß der Wille des Dienstberechtigten, ein für allemal die Vertragsbeziehungen zu lösen, klar zum Ausdruck gekommen sein. Es muß die Entlassung in einer Form oder unter Umständen erfolgt sein, daß dem Dienstverpflichteten eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Nicht hierher zu rechnen sind dagegen die Fälle, in denen die Entlassung nicht so sehr als krasser Kontraktbruch erscheint, als vielmehr auf eine Unüberlegtheit, Unerfahrenheit, Notlage des Dienstberechtigten zurückzuführen ist. Wenn der Sohn nach seines Vaters plötzlichem Tode das ganze Geschäftspersonal entläßt in der Annahme, daß ihm der Tod seines Vaters ohne weiteres eine Berechtigung gebe, so kann man diese Entlassung — angenommen sie sei nicht nach § 626 BGB. begründet — nicht als Kontraktbruch bezeichnen. In diesem Falle, wie in ähnlich liegenden Fällen, würde der Sohn, wenn er sein Unrecht eingesehen hat und Fortsetzung der Dienste verlangt, sich mit Recht auf die Nichtbereitschaft der Angestellten berufen können, denn diese wären zur Fortsetzung ihrer Dienste verpflichtet.

Somit erscheint bei näherer Betrachtung die Stellung des entlassenen Dienstverpflichteten gar nicht so unbequem, wie sie im ersten Augenblick erscheint.

---

[1]) vgl. Oertmann Anm. 2c zu § 615; Staudinger Anm. III, 2d zu § 615; Sigel S. 80.

Gründe der Billigkeit geben ihm eine freiere Stellung, die in den Fällen, die wir als krassen Kontraktbruch bezeichnet haben, der Stellung des entlassenen Dienstverpflichteten bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung gleichkommt. Wir billigen in diesen Fällen dem Entlassenen das Recht zu, seine Arbeitskraft vollständig zu verwerten, ohne einem Ruf seines ersten Dienstherrn zur Fortsetzung der Dienste Folge leisten zu müssen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.